

A RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ CONTRATUAL NO DIREITO DO TRABALHO

Tatiana Bhering Serradas Bon de Sousa Roxo¹

Daniela Lage Mejia Zapata²

RESUMO: O artigo objetiva discutir a incidência da responsabilidade civil pré-contratual no âmbito dos contratos trabalhistas. Para tanto, irá analisar inicialmente a fase pré-contratual no Direito do Trabalho, a responsabilidade civil no pré-contrato e a sua aplicação aos contratos trabalhistas, que são tão peculiares, devido ao fato de ser uma ramo que possui regras imperativas garantindo direitos mínimos e que não podem ser negociados.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade civil; responsabilidade pré-contratual; pré-contrato; contrato de trabalho; dever de indenizar; dano; nexos causal; culpa.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A fase pré-contratual no âmbito trabalhista; 3. Responsabilidade Civil: requisitos; 4. A incidência da responsabilidade civil no pré-contrato trabalhista e o dever de reparar; 5. Considerações finais.

ÁREA DE INTERESSE: Direito do Trabalho.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a incidência da responsabilidade civil no pré-contrato trabalhista. Para tanto, inicialmente foi abordada a normatização do contrato de trabalho e posteriormente sua fase pré-contratual. Foram destacadas as suas características principais, de forma a explicitar a fase de formação dos contratos trabalhistas.

Feito isso, foram analisadas as questões atinentes à responsabilidade civil, principalmente no que diz respeito a sua adequação e aplicação ao ramo trabalhista.

Por fim, foram combinadas as normas estudadas, de forma a analisar a incidência da responsabilidade civil e, consequentemente, do dever de indenizar, na fase do pré-contrato de trabalho.

2. A FASE PRÉ-CONTRATUAL NO ÂMBITO TRABALHISTA

Inicialmente impõe-se esclarecer que será analisado o pré-contrato e contrato de trabalho celebrado quando há uma relação de emprego entre as partes. Assim, ater-se-á ao chamado “contrato individual de trabalho” que existe quando há a prestação de serviços por uma pessoa física, de forma pessoal, onerosa, subordinada e não eventual a um tomador de serviços, e que se submete às regras trabalhistas previstas na Constituição da República de 1988 e na Consolidação das Leis Trabalhistas, além de outras normas esparsas.

Referido esclarecimento é necessário tendo em vista que a palavra “trabalho” abrange várias formas de oferta de mão de obra e a prestação de serviços na forma de “emprego” é apenas uma

de suas espécies. Há vários tipos de trabalhadores, mas apenas o empregado presta serviços com os requisitos próprios da relação de emprego previstos nos artigos 2º e 3º da CLT (BRASIL, 1943).

Então, é possível afirmar que a denominação correta para o contrato em análise seria “contrato individual de emprego”, tendo em vista que a expressão “trabalho” é ampla e por isso pode ser objeto de crítica. Amauri Mascaro Nascimento (2011) afirma que a expressão “contrato de trabalho” é muito ampla, tendo em vista que designa um gênero, e por isso a expressão ideal seria “contrato de emprego”. Aduz, ainda, que o ideal seria que a CLT disciplinasse todos os tipos de contrato de trabalho, o que não acontece.

O contrato individual do trabalho está disciplinado pelo artigo 442 da CLT que diz que referido contrato é “o acordo tácito ou expresse, correspondente à relação de emprego” (BRASIL, 1943).

A natureza da relação jurídica do vínculo de emprego existente entre empregado e empregador é contratual, conforme é possível inferir da redação da própria lei trabalhista acima mencionada.

Afirma José Affonso que existem quatro elementos da relação jurídica:

Não se perca de vista que a obrigação, à semelhança de outros vínculos jurídicos, estabelece-se entre duas ou mais pessoas (sujeitos); traduz-se em poderes e deveres (objeto); nasce depende na sua vida de determinados eventos (fatos jurídicos); é protegida pela lei (garantia). Do supracitado conceito, extraem-se quatro elementos da relação jurídica obri-

gacional: a) os sujeitos; b) o objeto; c) a garantia; e d) o fato jurídico. (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 26)

A formação dos contratos de trabalho pode ser expressa ou tácita, sendo os tácitos subdivididos em verbais ou escritos. É importante destacar que o contrato trabalhista, em regra, é informal, não há necessidade de que haja um acordo escrito. Assim, os contratos podem ser expressos escritos, expressos verbais ou tácitos (NASCIMENTO, 2011). Maurício Godinho Delgado afirma que “contrato é o acordo tácito ou expresso mediante o qual ajustam as partes pactuantes direitos e obrigações recíprocas” (DELGADO, 2013, p. 503).

Também é possível classificar os contratos de trabalho quanto à sua duração em contrato por prazo indeterminado e contrato por prazo determinado. O contrato por prazo indeterminado é a regra considerando o princípio da continuidade da relação de emprego, que privilegia uma relação de emprego duradoura, na qual as condições de trabalho vão melhorando ao longo do tempo, o que beneficia os empregados.

Sendo exceção, as hipóteses de contratação por prazo determinado são aquelas previamente definidas pela lei (exemplo: artigos 443, 450 e 451 da CLT), que impõe diversas limitações a esse tipo de contratação.

Convém analisar as características do contrato de trabalho que influenciam e evidenciam a aplicação da responsabilidade civil ao contrato de trabalho e, em consequência, ao pré-contrato de trabalho.

Maurício Godinho aponta algumas características do referido fenômeno que merecem ser elucidadas para a compreensão do tema em debate. Afirma que o contrato de trabalho é de direito privado, tendo em vista que os sujeitos pactuantes e os interesses envolvidos são particulares (DELGADO, 2013). Registra-se que a imperatividade das normas trabalhistas não é capaz de desvirtuar tal característica.

Outro caráter que merece destaque é o “sinalagmático”, ou seja, tal contrato acarreta obrigações contrárias contrapostas: em regra há reciprocidade de obrigações entre empregado e empregador – contratado e contratante (DELGADO, 2013).

No que se refere à morfologia dos contratos de trabalho, as regras utilizadas são as da teoria civilista clássica: elementos essenciais, naturais e acidentais. Maurício Godinho esclarece que os primeiros são, como o nome diz, aqueles essenciais à formação do contrato; os segundos não são imprescindíveis, mas são recorrentes/comuns e os últimos são episódicos e circunstanciais (DELGADO, 2013). Vamos nos ater aos primeiros.

Inicialmente, antes de analisar os elementos, é necessário que exista a relação de emprego, assim, sendo o trabalho prestado por pessoa física, com personalidade, subordinação,

onerosidade e não-eventualidade, convém analisar a validade de tal contrato.

Os elementos essenciais do contrato de trabalho são: capacidade das partes, licitude do objeto, forma prescrita ou não vedada por lei e higidez da manifestação da vontade.

A capacidade da parte, adequada às regras do Direito do Trabalho, revela-se como a capacidade que a parte possui para ser empregado e/ou empregador. A capacidade para ser empregador é simples, conserva a regra do direito civil, é “a aptidão reconhecida pelo Direito do Trabalho para o exercício de atos da vida laborativa” (DELGADO, 2013, p. 513). A capacidade para ser empregado, além da regra civilista, possui especificidades na lei trabalhista, às quais não nos atentaremos. Destacamos, no entanto, as regras básicas insertas nos artigos 402 a 405 da CLT (BRASIL, 1943): a capacidade plena inicia-se aos 18 anos; entre 16 e 18 anos a capacidade é relativa, sendo a idade reduzida para 14 anos quando se tratar de contrato de aprendiz.

O contrato de trabalho somente será considerado válido se o seu objeto for lícito, se a prestação de serviços envolver atividade lícita. Ilícito é o labor que “compõe um tipo penal ou concorre diretamente para ele”, como esclarece Maurício Godinho (2013, p. 516).

A forma prescrita ou não vedada em lei, oriunda da teoria civilista, é aplicada com as peculiaridades do Direito do Trabalho. O contrato de trabalho, em regra, é um pacto que não se reveste de solenidade, tanto é que ele pode ser celebrado de forma tácita. Registra-se, que mesmo sendo tácito, as normas básicas e indisponíveis trabalhistas são imperativas e devem ser respeitadas.

Em algumas situações, que são exceptivas e estão previstas em lei, o contrato será revestido de formalidade, como é o caso do contrato do artista e do atleta profissional, contrato temporário da lei 6.019/74, entre outros.

Pois bem, sendo o contrato de trabalho, via de regra, consensual, para a prova de sua existência não há a necessidade de apresentação de um documento assinado pelas partes. A prova privilegia a realidade, o contrato de trabalho pode ser chamado de “contrato realidade”, tendo em vista que prevalece o que de fato ocorreu. Nesse sentido manifesta-se Maurício Godinho Delgado (2013, p. 517): “o caráter meramente consensual do contrato de trabalho faz com que sua existência comprove-se através de qualquer meio probatório juridicamente válido, inclusive indícios e presunções”.

A higidez da manifestação da vontade se traduz pela exigência de que as partes tenham manifestado a vontade de contratação de forma livre e regular. Maurício Godinho Delgado destaca que a presença desse elemento nos contratos trabalhistas é menos relevante do que nos civilistas e destaca que três fatores contribuem para isso:

[...] em primeiro lugar, a circunstância de o contrato empregatício ser um enfático contrato de adesão, para cujo conteúdo a vontade obreira, em rigor, pouco contribui. [...] Em segundo lugar, a circunstância de o Direito do Trabalho já se construir tendo em consideração esse suposto de contingenciamento da vontade obreira no estabelecimento do contrato, prevendo, em contrapartida, regras imperativas voltadas a reequilibrar a relação entre as partes. [...] Em terceiro lugar, a circunstância de ter o Direito do Trabalho solução mais prática e ágil do que a busca da anulação do contrato em situações de alegado vício de consentimento. É a solução da resilição contratual por ato de qualquer das partes, independentemente da prova de irregularidade em sua formação. (DELGADO, 2013, p. 519).

No que concerne à boa fé contratual, o princípio constitui elemento de integração das lacunas dos negócios jurídicos devendo ser estendido aos contratos de trabalho (DALLEGRAVE NETO, 2008).

Além das peculiaridades acima destacadas, convém mencionar o fato de que a teoria das nulidades no Direito do Trabalho acarreta consequências diferentes da teoria civilista, na medida em que, mesmo quando reconhecida a nulidade, são preservados os efeitos justralhistas.

Um exemplo que merece atenção é o trabalho prestado pelo menor que não detém capacidade para celebrar contrato de trabalho. Ainda que a nulidade seja decretada, inviabilizando a continuidade da relação de emprego, deve o magistrado condenar a ré no pagamento das verbas devidas em contrapartida à prestação dos serviços.

Sendo celebrado o contrato de trabalho surgem dois efeitos: os chamados efeitos próprios e conexos. Os efeitos próprios são aqueles decorrentes e inerentes à própria relação de emprego e normalmente originam obrigações de dar e fazer: a obrigação do empregador normalmente é de pagar o salário, de fazer as anotações na carteira de trabalho dos empregados, etc; já as obrigações do empregado são normalmente de efetuar a prestação de serviços, agir de forma diligente e assídua, dentre outras. A obrigação de agir com respeito e boa-fé aparece para os dois envolvidos na relação de emprego: empregado e empregador.

Os efeitos conexos, por sua vez, são aqueles que, como o nome diz, são conexos ao contrato, não possuem natureza trabalhista, mas surgem no âmbito da relação de emprego e

estão vinculados ao contrato de trabalho, como, por exemplo, os direitos intelectuais e as indenizações por danos morais e materiais.

A fase que antecede a celebração do contrato de trabalho, fase pré-contratual ou fase de formação do contrato de trabalho é marcada, normalmente, pela apresentação de uma proposta contratual por uma das partes interessadas em celebrar o contrato. Como o contrato de trabalho pode ser considerado verdadeiro contrato de adesão, neste ramo especializado é mais corriqueiro que tal proposta se origine do tomador de serviços, futuro empregador.

Maurício Godinho destaca que referida proposta, que marca o início da fase pré-contratual, é “o ato através do qual uma parte (policitante) apresenta os parâmetros básicos para a formação de um contrato de seu interesse, pedindo a manifestação da vontade de alguém no sentido desse pacto (oblato)” (DELGADO, 2013, p. 1031).

Quando referida proposta é feita e aceita entre partes presentes, ela fixa o local de celebração do contrato e o momento em que este se inicia, caso não exista cláusula específica adiando o início, segundo as regras dos artigos 131 e 435 do Código Civil (BRASIL, 2002). Destaca-se que, no âmbito trabalhista, a existência de uma cláusula determinando a data de início do contrato impede a caracterização do tempo à disposição (DELGADO, 2013).

A proposta, uma vez formulada, obriga o proponente, conforme determina o artigo 427 do CC (BRASIL, 2013). Referida regra comporta exceções, obviamente, que estão previstas no artigo seguinte do Código Civil, 428, in verbis:

Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:

I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;

II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;

III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;

IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.(BRASIL, 2002)

Quando a proposta é frustrada de forma concreta e culposa, pode surgir o dever de indenizar previsto no artigo 186 do Código Civil (BRASIL, 2002), aplicado subsidiariamente ao ramo trabalhista, conforme será analisado oportunamente.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL

O conceito de responsabilidade civil está atrelado à conduta que provoca o dano e que gera o dever de reparação.

No entendimento de Rui Stoco:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim respondere, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana (STOCO, 2007, p.114).

A responsabilidade civil estaria, assim, vinculada à ideia de obrigação, fazendo-se necessário, contudo, estabelecer distinção entre os institutos: a obrigação é sempre um dever jurídico originário enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro (CAVALIERI FILHO, 2008).

Afirma José Affonso DALLEGRAVE NETO (2008, p.45) que:

[...] o fato jurídico é elemento da relação obrigacional que se confunde com a própria fonte das obrigações, sendo esta todo ato ou fato capaz de ensejar o vínculo jurídico entre duas pessoas, tornando-se sujeitos de direito. Não se trata de qualquer fato, mas daquele que seja provido de valor jurídico e formativo de uma relação jurídica obrigacional.

A responsabilidade civil pode ser classificada em responsabilidade objetiva ou subjetiva, contratual ou extracontratual.

Responsabilidade subjetiva é aquela em que a comprovação de culpa ou dolo são imprescindíveis para configurar o dever de reparar por parte do causador do dano, sendo ônus da vítima comprovar os elementos da responsabilidade. Em outras palavras, não basta apenas a conduta causadora do dano ou prejuízo.

Silvio Rodrigues (2002, p. 11) ensina que:

[...] se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa e que de acordo com o entendimento clássico a concepção tradicional a responsabilidade do agente causador do dano só se configure se agiu culposa ou dolosamente. De modo que a prova da culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar.

A responsabilidade, no caso, é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito.

Lado outro, a responsabilidade objetiva abstrai a ideia de culpa para a configuração da responsabilidade. Esta decorre apenas da relação de causalidade entre o ato do agente e o dano causado à vítima, surgindo assim o dever de indenizar.

Na lição de Silvio Rodrigues:

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo esta teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele. (RODRIGUES, 2002)

Nesse contexto, o elemento central para o surgimento da obrigação de reparar é a ocorrência do fato e não a culpa.

No âmbito trabalhista, a responsabilidade pelas indenizações por dano moral resultantes de conduta ilícita praticada pelo empregador contra o empregado decorre da existência de requisitos essenciais.

Mauricio Godinho enfatiza que tais requisitos são em princípio a ocorrência do dano, a culpa empresarial e o nexo de causalidade. Complementa, ainda, que:

No tocante ao dano alegado é necessária a evidência de sua existência ou, pelo menos, a ocorrência do fato deflagrador do próprio dano. Tratando-se de dano moral, naturalmente que não cabe exigir-se a prova específica do dano (prova que pode ser até mesmo impossível), porem a demonstração do fato que o provocou (caso este fato não seja incontroverso). Nessa linha é que se afirma que o dano moral pode ser inclusive autoevidente, insuscetível de prova, embora seu fato deflagrador tenha de estar evidenciado (por exemplo, a doença; as condições materiais degradantes de trabalho; as ofensas morais; o assalto sofrido em face do exercício de função contratual perigosa, etc) (GODINHO, 2013, p. 627).

Para Mauricio Godinho, a aplicação da responsabilidade objetiva nas relações trabalhistas é possível em atendimento ao disposto no artigo 927 do Código Civil e parágrafo único que fixa tal responsabilidade “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direi-

tos de outrem” (GODINHO, 2013).

Nesse contexto, tratando de atividade empresarial que implemente riscos para os trabalhadores, há a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva em decorrência do diploma civil.

Para uma melhor análise do próximo capítulo, necessário estabelecer a diferença entre responsabilidade contratual e extracontratual.

A primeira resulta de um contrato estabelecido entre as partes, na qual aquele que não cumprir o estipulado incorrerá na obrigação de indenizar a vítima pelo dano causado, conforme estipula o artigo 389 do Código Civil.

Silvio Rodrigues esclarece que a responsabilidade contratual cria obrigação de indenizar para aquele que não cumpriu o objeto do contrato, ocasionando o prejuízo à outra parte, pois na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu contratante, um vínculo jurídico derivado de convenção (RODRIGUES, 2002).

A segunda não deriva de contrato e sim da prática de um ato ilícito praticado por agente capaz ou incapaz, sem vínculo anterior entre as partes, uma vez que a causa para a reparação é a inobservância da lei e a lesão a um direito.

Também denominada de responsabilidade aquiliana, eis que decorrente da Lex Aquilia, Sílvio de Salvo Venosa explica que:

Lex Aquilia é o divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação do Lex Aquilia o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem da responsabilidade extrancontratual. Por essa razão, denomina-se também responsabilidade aquiliana essa modalidade. (VENOSA, 2003, p.18).

Na lição de Pablo Stolze:

[...] para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a culpa contratual a violação de um dever de adimplir, que constitui um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém. (STOLZE, 2006, p. 18).

No que concerne à responsabilidade civil no pré-contrato, resta evidente que esta se enquadra na responsabilidade contratual, uma vez que decorre do inadimplemento injustificado praticado por uma das partes envolvida nas negociações antes da celebração do contrato.

Todavia, conforme alerta DALLEGRAVE NETO, o tema é tratado de forma controversa entre a doutrina pátria e a estrangeira:

Em que pese a existência de acirrada controvérsia perante a doutrina pátria e estrangeira, a matéria requer exame proficiente, descartando, desde logo, a visão simplista de que ambas (pré e pós) enquadram-se na responsabilidade civil do tipo extrancontratual porque na primeira (pré) o vínculo jurídico ainda não se formou, enquanto que na segunda (pós) o contrato já se extinguiu. (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 106)

Mas se o pré-contrato consiste na vontade das partes em celebrar um negócio jurídico, buscando o melhor acordo que atenda suas necessidades e que não acarrete nenhum prejuízo e se a vontade é fonte do contrato e acarreta responsabilidade e obrigações, por óbvio que a responsabilidade civil pré contratual deve ser enquadrada como responsabilidade contratual.

4. A INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO PRÉ-CONTRATO DE TRABALHO E O DEVER DE REPARAR

Como analisado, a obrigação de indenização de danos morais, materiais e estéticos é considerada um efeito conexo ao contrato de trabalho. O direito à indenização por tais danos surge quando o empregado os sofre em decorrência da existência da relação de emprego e da sua execução (DELGADO, 2013).

Maurício Godinho (DELGADO, 2013) afirma que as indenizações por danos morais ou à imagem são aqueles que não tenham vinculação com a saúde e segurança do trabalho, por exemplo, uma discriminação racial. Já as indenizações relativas à saúde e segurança são as lesões acidentárias.

A incidência da responsabilidade indenizatória do empregador nos casos descritos depende da existência dos requisitos clássicos: dano, nexos causal e culpa empresarial. No que se refere ao dano, é necessário que se evidencie a sua existência. No caso do dano material, além da existência do fato que o ocasionou, é necessário que a parte comprove as despesas decorrentes do próprio dano, exemplo: consultas médicas, remédios, lucros cessantes (artigos 949 e seguintes do Código Civil).

O dano moral, por sua vez, não exige uma prova específica, mas apenas a demonstração do fato, uma vez que a demonstração é muitas vezes inviável.

O nexo causal é a necessidade de existência de nexo de causalidade entre o fato praticado pelo empregador no decorrer da relação de emprego e os danos gerados no empregado. Registra-se que no âmbito do direito do trabalho, verificada a concausalidade, há a presença do nexo causal. Maurício Godinho afirma que “essa peculiaridade não elimina a presença do nexo investigado, desde que haja ambiente laborativo que tenha atuado para a ocorrência do malefício” (DELGADO, 2013, p. 629). O fato de se tratar de uma “concausa” pode refletir no montante a ser fixado pelo magistrado a título de indenização.

Por fim, como último requisito, há a necessidade de comprovação da culpa empresarial, ou seja, a atuação com negligência, imprudência ou imperícia, conforme determina a regra inserta no artigo 186 do Código Civil (BRASIL, 2002). Destaca-se que nos casos de acidente de trabalho ou doença ocupacional a culpa pode inclusive ser presumida, sendo possível incluir essa hipótese na regra do artigo 927 e seu parágrafo único do Código Civil (DELGADO, 2013). Seguindo essa linha, Maurício afirma que:

Note-se que a sabedoria da ordem jurídica: a regra geral mantém-se com a noção de responsabilidade subjetiva, mediante aferição de culpa do autor do dano, mesmo que presumida (art. 159, CCB/1916; art. 186, CCB/2002). Entretanto, se a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano (no estudo em questão, a empresa) implicar, por sua natureza, risco para os trabalhadores envolvidos, ainda que em decorrência da dinâmica laborativa imposta por essa atividade, incide a responsabilidade objetiva fixada pelo Direito (art. 927, parágrafo único, CCB/2002) (DELGADO, 2013, p. 631).

No que se refere à exclusão da incidência da responsabilidade, é possível citar a não comprovação do dano; a inexistência de nexo causal e a culpa exclusiva da vítima. Com relação à atenuação da responsabilidade, é possível elencar a culpa concorrente do empregado; a existência de força maior ou caso fortuito (art. 393 do CC); o ato ou fato de terceiro. Maurício Godinho destaca que as duas últimas não serão suficientes para atenuar a responsabilidade quando os fatos evidenciarem que naquele caso concreto incide a culpa presumida do empregador, como ocorre na exploração de atividades de risco, considerando que cabe a ele, empregador, preservar a higidez e segurança do ambiente de trabalho (DELGADO, 2013).

Os danos morais e materiais obviamente também podem surgir na fase pré-contratual, que antecede a celebração do contrato de trabalho. A regra civilista presente no artigo 427 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) no sentido de que a proposta de contratação, uma vez formulada pelo peticionante, estabelece sua vinculação, a despeito

de suas exceções, pode ser aplicada ao Direito do Trabalho.

Como destaca Maurício Godinho (DELGADO, 2013), há a possibilidade de existência de danos na fase pré-contratual caso se verifique a ocorrência de forte expectativa frustrada ou de despesas necessárias, que podem originar tanto danos materiais quanto morais, dependendo da situação fática.

No entanto, muitas vezes a frustração da proposta na fase pré-contratual é obscura, tendo em vista que se trata de negociações prévias realizadas pelas partes que desejam celebrar o contrato. Há necessidade que essas negociações prévias representem efetivamente a chamada proposta, porque simples tratativas não são capazes de gerar o dever de indenizar.

Sobre a fase de negociação que antecede a celebração do contrato, Maurício Godinho destaca que:

De maneira geral, é inquestionável que descabe falar-se em indenização pela ocorrência de uma fase de entendimento pré-contratuais, que veio a mostrar-se, em seguida, frustrada em seus aparentes objetivos iniciais. Não se formulando e apresentando, efetivamente, a polycitação, não há que se inferir o surgimento de obrigações entre as partes. É que as negociações prévias são inerentes a qualquer contrato, não traduzindo, necessariamente, proposta efetiva, com o que, regra geral, não ensejam obrigação de indenizar. (DELGADO, 2013, p. 1034)

Portanto, para que apareça o dever de indenizar, é necessário que a parte contratante tenha realizado a proposta de maneira concreta. Assim se manifesta Caio Mário da Silva:

[...] negociações preliminares...são conversas prévias, sondagens, debates em que despontam os interesses de cada um, tendo em vista o contrato futuro. Mesmo quando surge um projeto ou minuta, ainda assim não há vinculação das pessoas. Não raro, nos negócios que envolvem interesses complexos, entabula uma pessoa conversações com diversas outras, e somente encaminha a contratação com aquela que melhores condições oferece. Enquanto se mantiverem tais, as conversações preliminares não obrigam. (SILVA, CAIO MÁRIO In DELGADO, 2013, p. 1034)

Ora, não basta que a parte tenha uma expectativa na celebração do contrato, deve haver concretude da proposta.

No que se refere à perda de uma chance com consequente indenização pelo que a pessoa perdeu ou deixou de lucrar, prevista

no artigo 402 do Código Civil (BRASIL, 2002), esta também é uma hipótese compatível com o ramo trabalhista, incidindo na fase pré-contratual trabalhista (DELGADO, 2013).

Ora, se o empregado comprova que ao se comprometer com a empresa na fase pré-contratual, diante das expectativas que foram geradas, perdeu uma chance de conseguir outro emprego ou até mesmo uma promoção no local em que trabalhava, desde que demonstre razoável plausibilidade de concretização da “chance”, verifica-se a incidência da responsabilidade do possível empregador e o pagamento de danos.

No entanto, a incidência da responsabilidade civil na chamada fase pré-contratual deve ser analisada com cuidado, tendo em vista que a fase de negociações iniciais, por sua própria natureza, costuma criar expectativas nas partes, principalmente no empregado. Então, estando diante de uma situação como essa, que é obscura, há necessidade de que se verifique com atenção se houve o dano efetivamente e se o empregador agiu com culpa. Maurício Godinho Delgado assinala bem que:

Contudo, não se pode exagerar a possibilidade de ocorrência dessas situações de possibilidade indenizatória envolvidas ao pré-contrato. É que, afinal, um mínimo de expectativa das partes naturalmente surge quando elas se aproximam para iniciar ou desenvolver concertações em direção a uma proposta contratual. Portanto, é da própria natureza desse tipo de fase a geração razoável – e regular – de certo nível de expectativa e frustrações entre as partes. (DELGADO, 2013, p. 1035) (grifo do autor)

Portanto, a fase negocial deve ser vista com cuidado, meros dissabores não podem ser capazes de gerar o dever de indenizar, sob pena de criar uma insegurança jurídica.

Também há a possibilidade de incidência da responsabilidade civil em outras hipóteses, como nos casos em que a empresa abusa de suas prerrogativas no processo de seleção e contratação de empregados, ofendendo a moral dos candidatos.

Como exemplo da atuação da empresa fora dos limites do poder empregatício é possível citar a utilização de polígrafos, testes psicológicos desrespeitosos, dinâmicas abusivas ou quaisquer outros meios discriminatórios e ofensivos.

A discriminação na fase pré-contratual foi disciplinada pela Lei 9.799/99. A lei 9.799/99 (BRASIL, 1999) inseriu na CLT o artigo 373-A na CLT, que merece destaque:

Art. 373 A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e cer-

tas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

- I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;*
- II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;*
- III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;*
- IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;*
- V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;*
- VI - proceder o empregador ou preposto a revisitas íntimas nas empregadas ou funcionárias. [...]*
(grifos nossos)

A Lei 9.029/95 (BRASIL, 1995) também disciplina a fase que antecede a celebração do contrato de trabalho, proibindo a exigência de atestados de gravidez e esterilização, além de determinar que é crime a exigência de apresentação de tais documentos na fase pré-contratual.

Outra norma que disciplina o pré-contrato de trabalho é o artigo 442-A da CLT, inserido pela Lei 11.644/2008, que determina que para fins de contratação o empregador não poderá exigir experiência funcional excedente a 6 meses. A lei pretende evitar discriminação com o jovem ou com aquele que possui menos experiência em determinada atividade.

Percebe-se, dessa forma, que as partes devem atuar com lealdade e boa-fé não apenas durante o contrato de trabalho, mas também na fase que o antecede, pré-contratual. Caso a atuação do empregador nessa fase gere algum dano, moral ou material, para o empregado, presentes os requisitos da responsabilidade civil: dano, nexos causal e culpa, existirá o dever de indenizar.

Segundo Dallegrave Neto,

[...] é importante explicar que tanto nas obrigações principais, quanto nas secundárias se encontram pautadas na boa-fé objetiva. No entanto, no que

diz respeito aos deveres anexos, a boa-fé vai além de um princípio informador, constituindo sua verdadeira fonte (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 40).

Assim, também na fase de negociação, os deveres de condutas das partes envolvidas devem ser respeitados.

Assevera Luciano Augusto de Toledo Coelho que na fase pré-contratual a informação é essencial para a percepção de cada contratante sobre as vantagens ou não do negócio, influenciando no momento psicológico que pode levar a erro na avaliação da realidade (COELHO, 2008).

Evidencia José Affonso Dallegrave Neto que “não só a frustração injustificada da contratação ocasiona o dano pré-contratual, mas também a violação de deveres colaterais de comportamento, em especial o de informação e sigilo” (DALLEGRAVE NETO, 2008).

Isto porque, sendo o empregado hipossuficiente e estando em desigualdade em relação ao empregador, o dever de informação assume caráter relevante, tornando-se um dos principais aspectos da boa-fé no contrato de trabalho. Ora, se na proposta é ofertado o salário inicial no valor de R\$ 1.000,00, tal oferta pré-ajustada deve ser mantida no momento em que a contratação for efetivada.

Lado outro, o dever de sigilo também ganha especial importância no contrato de trabalho. Ressalta Luciano Augusto de Toledo Coelho:

A necessidade de sigilo e proteção aumenta, portanto em face do potencial dos sistemas de dados atuais. Dados do candidato a emprego, seja em fichas de admissão, sejam obtidos por meio de entrevistas ou testes, caso divulgados, podem gerar inúmeros transtornos, inclusive o impedimento a outras colocações por um teste aplicado em uma empresa específica, retirando do candidato a chance de trabalho. (COELHO, 2008, p. 95)

Constata-se, assim, que é na fase pré-contratual que o empregado encontra-se em maior desvantagem em relação ao seu empregador, por estar na expectativa de uma contratação. Assim, a prática de atos que acarretem lesão ao empregado na fase pré-contratual caracterizará ato ilícito surgindo o dever de reparação.

Esclarece José Affonso Dallegrave Neto:

Tanto o dano pré contratual quanto o pós contratual, geralmente decorrem da violação de um dever de conduta iminente à figura dos sujeitos do contrato, pautados no princípio da boa-fé. O princípio da boa-fé objetiva excede o âmbito contratual, traduzindo-se no dever de agir com lealdade, lisura e consideração como outro sujeito da relação. Isso pode ocorrer já no momento das negociações pre-

liminares ou mesmo após a rescisão do contrato. (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 121).

Assim, o dano pré-contratual não decorre do descumprimento de obrigação principal do contrato, mas sim do não atendimento das partes ao princípio da boa-fé.

Portanto, se há a ocorrência de dano, certo é que estas despesas e prejuízos decorrentes da prática do ato ilícito ocorrido na fase pré-contratual devem ser reparados.

Afirma José Affonso Dallegrave Neto (DALLEGRAVE NETO, 2008), que em relação ao ônus da prova relativo ao dano praticado no período anterior à celebração do contrato, incumbe à empresa demonstrar em juízo quais as razões que a levaram a agir daquela forma.

Assim, é do empregador o ônus da prova das razões que o levaram a não contratar o empregado e a frustrar a efetivação do contrato de trabalho, sendo indiscutível a aplicação da responsabilidade civil na fase do pré-contrato trabalhista.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho cuidou da responsabilidade civil no pré-contrato no âmbito trabalhista. Nesse sentido, pode-se concluir que os danos praticados na fase das tratativas devem ser reparados em respeito à vontade dos contratantes para a realização do contrato.

Para tanto, foi necessária uma abordagem sobre a fase pré-contratual no âmbito trabalhista, discorrendo sobre a formação dos contratos de trabalho, seus tipos e classificação.

A responsabilidade civil também foi tratada e, após a análise das características e distinções existentes entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, foi observado que a responsabilidade civil na fase pré-contratual se enquadra no primeiro tipo, contratual, haja vista que a vontade é fonte do contrato e acarreta responsabilidade e obrigações.

No que concerne à responsabilidade civil pré-contratual, concluiu-se que esta decorre de um prejuízo praticado por uma das partes que esta participando da negociação.

Verificou-se, ainda, que o ônus da prova relativo ao dano ocorrido na fase do pré-contrato é do empregador, tendo em vista é ele o responsável por demonstrar os motivos que acarretaram a não celebração do contrato, em decorrência da existência de presunção de culpa pela desistência da celebração do contrato de trabalho.

Ademais, constatou-se que o prejuízo pré-contratual decorre de violação ao princípio da boa fé objetiva, assegurado no artigo 422 do Código Civil, e indispensável na celebração dos contratos de qualquer espécie, em especial aos contratos trabalhistas por apresentarem caráter de relevância social.

Dessa maneira, é possível acertar que a reparação dos prejuízos causados aos empregados na fase que antecede a celebração do contrato é possível em decorrência da responsabilidade pré contratual e em atendimento aos princípios basilares da boa fé e da dignidade da pessoa humana, com escopo de assegurar uma relação jurídica mais justa.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao-Compilado.htm.

_____. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

_____. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm

_____. Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999. Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9799.htm

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

_____. Lei nº 11.644, de 10 de março de 2008. Acrescenta art. 442-A à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452,

de 10 de maio de 1943, impedindo a exigência de comprovação de experiência prévia por tempo superior a 6 (seis) meses. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11644.htm
CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Responsabilidade Civil Pré Contratual em Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2008.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 3.ed. São Paulo: LTR, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 12 ed. São Paulo: LTR, 2013. 1504p.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil, volume III: responsabilidade civil. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 36 ed. São Paulo: LTR, 2011, 588p.

RODRIGUES, Sílvia. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Ed. RT, 2007.

VENOSA, Sílvia de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Ed. Atlas, 4º volume, 2003.

NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-MINAS. Professora do Centro Universitário Newton Paiva. Advogada. Sócia do Bhering e Zapata Advocacia e Consultoria Trabalhista.

2 Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-MINAS. Professora do Centro Universitário Newton Paiva. Advogada. Sócia do Bhering e Zapata Advocacia e Consultoria Trabalhista.